

Expediente Núm. 124/2013
Dictamen Núm. 220/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 24 de octubre de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 5 de junio de 2013, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 16 de febrero de 2012, la interesada presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de un error en el espacio intervenido de hernia discal lumbar.

Refiere que tras detectársele el 19 de febrero de 2008 una “hernia discal L5-S1” -que un posterior informe del Servicio de Rehabilitación calificó de “HD L5-S1 muy voluminosa”- ingresó, según reza en el informe de alta del Servicio

de Neurocirugía, "para ser intervenida de una hernia discal lumbar L4-L5 el día 4-6-08", y que, al encontrarse peor, se sometió a una resonancia en la medicina privada en la que se constató "que la hernia L5-S1 permanece exactamente como estaba antes de la operación" y que "existen cambios posquirúrgicos a nivel L4-L5". Advertido el error, es reintervenida de nuevo por la sanidad pública y la posterior resonancia pone de manifiesto una "recidiva de la hernia operada L5-S1 con compromiso de la raíz izquierda, y (...) en el espacio L4-L5 una formación de tejido adiposo que provoca compromiso radicular derecho (...). Con fecha 16-12-2009 la paciente realiza nueva RMN y los resultados son realmente desastrosos (...), no se obtiene avance alguno en L4-L5 y L5-S1", y resulta que como consecuencia del "deterioro de estos espacios un abombamiento de L3-L4 ha pasado a convertirse en hernia discal./ Tras varios avatares la paciente termina rehabilitación sin mejoría alguna", informándose por un facultativo privado el 20 de febrero de 2011 que "no existen alternativas definitivas de tratamiento después de tres cirugías fallidas". Añade que "el 23-02-2011 se produce el informe de alta definitiva", en el que se recomienda "seguimiento de evolución con tratamiento sintomático. Evitando sobrecargas de la columna lumbar".

Concluye que "a consecuencia de la errónea intervención quirúrgica se produjo (...) una recidiva de la hernia efectivamente operada (L5-S1) con compromiso con la raíz izquierda, así como una formación de tejido fibroso que provoca compromiso radicular derecho en el espacio L4-L5. Por otro lado, de lo anterior se ha derivado hernia discal L3-L4, que antes era abombamiento y a raíz de la errónea intervención se transformó en hernia discal".

Respecto al *quantum* indemnizatorio, reclama -en concepto de días hospitalarios, impeditivos y no impeditivos; secuelas; factor de corrección, al encontrarse en edad laboral; invalidez permanente parcial, y "gastos derivados del hecho"-, la suma de cincuenta y cinco mil seiscientos noventa y cuatro euros con setenta céntimos (55.694,70 €).

Acompaña a su escrito copia, entre otros, de los siguientes documentos:

a) Informe de resonancia de columna lumbo-sacra, librado por el Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital, de 20 de febrero de 2008, en el que se recoge como impresión diagnóstica "hernia discal muy voluminosa en L5-S1 dcha.", comentándose que, "asimismo, se observan abombamientos de los discos L3-L4 y L4-L5". b) Informe del Servicio de Rehabilitación del mismo centro hospitalario, fechado el 10 de abril de 2008, en el que se reitera "HD muy voluminosa L5-S1 derecha". c) Informe de alta hospitalaria del Servicio de Neurocirugía, de 6 de junio de 2008, en el que consta que la paciente "ingresa desde consultas externas para ser intervenida de una hernia discal lumbar L4-L5 el día 4-6-08./ Se realiza discectomía del disco correspondiente". d) Informe de un especialista privado, de 20 de febrero de 2011, en el que se estima que la patología actual de la paciente "le imposibilita para la realización de las tareas fundamentales de su profesión de técnico de farmacia". e) Informe de alta laboral, librado por una mutua el 23 de febrero de 2011, con efectos de 21 de enero de ese mismo año, por "resolución denegatoria", y en el que se recomienda "seguimiento de evolución con tratamiento sintomático, evitando sobrecargas de columna lumbar". f) Informe pericial privado, de 10 de febrero de 2012, en el que se indica que es "incuestionable que a la paciente se le realizó por error una discectomía L4-L5 en vez de L5-S1", y que la resonancia realizada en la medicina privada tras la reintervención deja de manifiesto que "hay una recidiva de la hernia operada L5-S1 (...) y se ha producido en el espacio L4-L5 (indebidamente operado) una formación de tejido fibroso que provoca compromiso radicular derecho". Añade que en la resonancia informada el 3 de julio de 2009 se aprecian "cambios posquirúrgicos nivel L4-L5" y "abombamiento discal L3-L4", espacio este último en el que aparece, más tarde, una hernia discal, pues "ante el deterioro de los discos L4-L5 y L5-S1 se sobrecarga articularmente el disco inmediatamente superior a los afectados y se acaba también herniando". Finalmente, señala que "la determinación y cuantificación del alcance de las secuelas no pudo llevarse a cabo antes de que

se realizaran todas las pruebas”, se hubieran “agotado todas las medidas terapéuticas” y se hubiese comunicado a la paciente “que su estado final solo era susceptible de tratamiento con medidas paliativas”, por lo que se fija la fecha del informe de alta de la mutua (23 de febrero de 2011) como “la de determinación del alcance de las secuelas”. Se estima, a efectos del *quantum* indemnizatorio, que los 450 días improductivos “se deben aminorar en unos 120 días (...), que es el tiempo medio que hubiera invertido tanto en la curación como (...) de baja laboral si se hubiera operado solamente de la hernia L5-S1”, computando cinco días hospitalarios, 325 improductivos, 150 no improductivos y 12 puntos de secuelas en atención a las complicaciones derivadas de la intervención errónea, agravadas por la recidiva de la hernia L5-S1; “circunstancia que hubiera podido también pasar si no le hubieran quitado el disco L4-L5, pero que tiene más probabilidad de que ocurriera al no tener previamente indemne el segmento superior L4-L5”, invocándose también que “donde existía anteriormente solo un abombamiento L3-L4 ahora se ha producido una hernia”. g) Notas de abono y facturas expedidas por la medicina privada y diversas pruebas practicadas.

2. El día 19 de marzo de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica a la perjudicada la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Durante la instrucción se incorporan al expediente, remitidos por el centro hospitalario que atendió a la paciente, copias de su historial clínico relacionado con el episodio objeto de reclamación y los informes librados por los servicios a los que se imputa el daño.

En la historia clínica consta, entre otra documentación, la relativa a la intervención de junio de 2008 y la posterior de 8 de agosto del mismo año, esta

por "empeoramiento clínico tras cirugía discal", realizándose "revisión del espacio L4-L5 (intervenido en junio) y (...) discectomía del espacio L5-S1 (L6)", con "buena evolución posoperatoria", y la ulterior "termocoagulación" practicada el 20 de julio de 2010, igualmente con "buena evolución, por lo que se decide alta hospitalaria" al día siguiente. Obra también en aquella un documento de consentimiento informado para la cirugía de hernia, rubricado por la paciente, en el que no aparece el riesgo de error en el nivel intervenido y figura en blanco el espacio destinado a consignar los "riesgos personalizados".

El Servicio de Medicina Física y Rehabilitación del Hospital remite al Servicio de Reclamaciones, el 29 de febrero de 2012, los "informes médicos que están documentados en este Servicio". En ellos consta que es alta el "09-05-2011", tras una resonancia practicada el día 14 de febrero de 2011 que revela "cambios posquirúrgicos L4-L5, con presencia de pequeña hernia L4-L5 postero-medial, que contacta con el saco dural, junto con tejido fibroso epidural anterior derecho", reseñándose que a la fecha del alta "la paciente refiere que persiste la mejoría, realiza vida activa y la cinesiterapia domiciliaria".

El cirujano que intervino a la reclamante elabora informe, el 8 de marzo de 2012, en el que reconoce el "error del nivel intervenido", motivado "por la creencia de la existencia de seis vértebras lumbares (hallazgo bastante habitual, por otra parte)", reseñando que el informe del Servicio de Radiodiagnóstico "describe como patológicos los tres últimos discos: 'abombamientos de los discos L3-L4, L4-L5 y hernia discal muy voluminosa en L5-S1'". Manifiesta que, "aunque en nuestra hoja de consentimiento informado no consta el 'error del nivel intervenido', sí lo hace en la mayoría de consentimientos de otros hospitales. Adjunto el de la Consejería de Salud de la Comunidad Valenciana, que lo estima en un 3% estadísticamente". Añade que la cirugía practicada es "poco agresiva" y, en cuanto a la ausencia del reflejo raquídeo, afirma que "el arco reflejo que discurre por esta raíz ya estaba interrumpido por la compresión discal antes de operarse. A veces no se recupera nunca". Finalmente, indica

que la paciente “tiene nueva cita para evaluar evolución el próximo mes de mayo”, precisando que está “a favor” de ella.

4. Mediante escrito de 19 de octubre de 2012, se une a las actuaciones una copia del Decreto de la Secretaria Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, por el que se admite a trámite el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la desestimación presunta de la reclamación, y del oficio solicitando la remisión del expediente, ambos fechados el 17 de octubre de 2012.

5. El día 30 de octubre de 2012, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él reseña que, realizada la discectomía en junio de 2008, es alta “tras un posoperatorio sin incidencias”, reingresando dos meses después y siendo reintervenida con evolución favorable, si bien en julio de 2009 “inicia un nuevo episodio de incapacidad temporal” y es sometida a tratamiento rehabilitador, “sin referir mejoría”, por lo que se remite en enero de 2010 al Servicio de Neurocirugía, donde se le practica una termocoagulación con buena evolución y se le “recomienda tratamiento rehabilitador” con revisión en consultas externas. Finalmente, se informa por el Servicio de Medicina Física y Rehabilitación -en el que causó alta el 9 de mayo de 2011- que “persiste la mejoría (...), marcha normal, puntillas y talones normal; reflejos: rotuliano derecho débil, aquileo derecho no sale”.

Concluye que se produjo un “error del nivel intervenido”, motivado “probablemente por una mala interpretación de las variaciones anatómicas congénitas. Aproximadamente el 5% de la población tiene seis vértebras lumbares, debido a que uno de los segmentos sacros se encuentra ‘lumbarizado’, o bien 4 vértebras lumbares, a causa de que la última se encuentra ‘sacralizada’. Este tipo de errores son recogidos en algunos consentimientos informados”, remitiéndose al de la Comunidad Valenciana. A

este respecto, afirma que, “a pesar de que no figura expresamente en el consentimiento informado” del Hospital, “es considerado un riesgo típico en la literatura, y que no parece guardar, a la vista de los datos obrantes en el expediente, relación alguna con mala praxis”.

6. Con fecha 9 de febrero de 2013, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por tres especialistas en Neurocirugía. En él se concluye que, “una vez apreciado el error en RM de control, fue reintervenida con éxito (...). En la literatura médica se recoge que puede existir hasta un 3% de errores de espacio en el tratamiento quirúrgico de hernia discal lumbar (...). El motivo fundamental de error de espacio son las anomalías anatómicas que pueden presentarse en la zona lumbar y sacra (...). La paciente fue atendida correctamente en todo momento (...). En la última revisión médica (...) había mejorado de su sintomatología dolorosa y no presentaba focalidad neurológica”.

7. Evacuado el trámite de audiencia mediante escrito notificado a la perjudicada el 27 de febrero de 2013, no consta que se hayan presentado alegaciones.

8. Con fecha 10 de mayo 2013, el Coordinador de Régimen Disciplinario y Responsabilidad Patrimonial elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al entender que estamos ante la concreción de un riesgo descrito en la literatura médica.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de junio de 2013, registrado de entrada el día 11 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad

patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Sanidad, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las

secuelas". En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 16 de febrero de 2012, tras un proceso rehabilitador del que la paciente es alta en mayo de 2011 -constando incluso que "tiene nueva cita para evaluar evolución" en mayo de 2012-, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Ahora bien, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

Sin embargo, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal

extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares,

sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Imputa la reclamante a la Administración sanitaria los daños derivados de un error en el nivel intervenido en una cirugía de hernia discal, al que anuda sus actuales padecimientos lumbares.

Admitido el error invocado por el propio cirujano que la opera, con el consiguiente daño -aunque no se aprecie con nitidez la medida en que las posteriores dolencias puedan estar también ligadas a la patología de base-, la interesada funda su argumentación en la existencia de un nexo causal entre el actuar de la Administración sanitaria y el daño acaecido.

Al respecto, debemos afirmar, en primer término, la relación fáctica de causalidad entre el daño sufrido y la invocada mala praxis, toda vez que -si bien no es pacífico el alcance o valoración de las lesiones-, ciertas consecuencias dañosas -tales como la convalecencia o la reintervención, cuando menos- se anudan sin interrupción o controversia al error de abordaje en el espacio lumbar.

Advertido el engarce fáctico, este Consejo viene señalando que el servicio público sanitario debe procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de

resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de que se obtengan los resultados concretos pretendidos. Por tanto, para apreciar que el daño alegado es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. En suma, el criterio a seguir es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes y que se actuó con la debida prontitud.

En el supuesto examinado, la reclamante aporta una pericial detallada que incide en el error cometido, pues los dos informes previos -el del Servicio de Radiodiagnóstico y el de Rehabilitación- aprecian una hernia discal "muy voluminosa" en L5-S1 y en el informe de alta del Servicio que comete la equivocación reza textualmente "paciente que ingresa desde consultas externas para ser intervenida de una hernia discal lumbar L4-L5 el día 4-6-08./ Se realiza discectomía del disco correspondiente".

Frente a ello, los informes aportados por la Administración y su aseguradora aluden a un riesgo típico descrito en la literatura médica, en cuanto esta refleja hasta un 3% de errores de espacio en el tratamiento quirúrgico de hernia discal lumbar, pero en ningún momento se explica la razón por la que la paciente -diagnosticada de hernia "muy voluminosa" en otro nivel- ingresa "para ser intervenida de una hernia discal lumbar L4-L5", obrando el cirujano en consecuencia. Expresado en otros términos, el riesgo típico apreciado en los informes incorporados al expediente por la Administración y su aseguradora parece referirse a un justificable error en el abordaje material de una hernia, al equivocarse un nivel, mientras que en el supuesto examinado se incurre en una confusión previa, ya que la paciente ingresa para ser intervenida en un disco equivocado -salvo errata en la documentación de la cirugía-, y todo ello a la luz de dos diagnósticos que tildan la hernia que debió abordarse como "muy voluminosa".

Tampoco puede orillarse la parquedad con la que los reseñados informes documentan la invocada literatura médica -ya que el porcentaje de error del 3% solo encuentra soporte explícito en un modelo de consentimiento informado de otra Administración sanitaria- y la vaguedad en su explicación científica -al aludir a las anomalías anatómicas que pueden presentarse en la zona lumbar y sacra, sin concretar o detallar su proyección específica en el cuerpo de la paciente que sufrió el equívoco-. En torno a este extremo, se advierte, igualmente, que a lo largo del expediente no se documenta que la enferma intervenida esté efectivamente afectada de las anomalías anatómicas o malformaciones ("sacralización" de una lumbar o "lumbarización" de uno de los segmentos sacros) que sirven a la justificación del "error en el nivel", y que en la hoja de consentimiento informado aparece en blanco el espacio destinado a consignar los "riesgos personalizados". Con ello, las consideraciones técnicas recogidas en los informes médicos quedarían en el plano de la pura abstracción, en cuanto que no se razona adecuadamente su aplicación al caso concreto. Además, el informe técnico de evaluación y el librado por el profesional que

cometió el error no pueden considerarse concluyentes, toda vez que el primero señala, dubitativamente, que el daño “no parece guardar” relación con una mala praxis, y el segundo no alcanza a describir con nitidez el proceso que condujo al error y se cierra con la manifestación de que está “a favor de la paciente”.

En su descargo, la Administración aduce que la posibilidad de error en el nivel vertebral a intervenir se encuentra recogida de modo expreso en varios consentimientos informados habituales en hospitales de otras Comunidades Autónomas. Aun siendo cierto, este Consejo no podría compartir dicho criterio exculpatorio en el caso concreto que analizamos, pues ello comportaría necesariamente admitir una nueva infracción de la *lex artis* en el proceso asistencial, como es la falta de información sobre los riesgos de la cirugía.

Efectivamente, la reclamante no invoca ese vicio en su argumentación dialéctica, pero podría haberlo hecho con fundamento, y si no lo articula es porque entiende -a diferencia de los técnicos preinformantes- que el error cometido no participa de la naturaleza de los riesgos inherentes a la intervención quirúrgica, por ser previo o extraño al abordaje físico de la hernia. De este modo, si el vicio fuera previo o ajeno al riesgo típico descrito en la literatura médica -que se predica del 3% de los abordajes- no quedaría amparado por los criterios periciales aludidos, dando lugar a responsabilidad por mala praxis, y, a la inversa, si nos encontráramos ante la señalada concreción del riesgo al que se refieren los informes médicos habríamos de reparar en que, reconocidamente, falta toda documentación sobre la información suministrada a la enferma.

Baste recordar que el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, dispone que “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”; consentimiento que,

según el apartado 2, “será verbal por regla general”, y por escrito en los casos de “intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”. La eventual ausencia del consentimiento del paciente comporta, según reiterada doctrina jurisprudencial, la obligación de resarcir el resultado dañoso con independencia de cualquier otra valoración en relación con la adecuación a la *lex artis* del acto médico enjuiciado. El Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que la omisión del consentimiento previo informado supone, en sí misma, una “mala praxis ad hoc”, y, en estos casos, la responsabilidad “se produce con absoluta independencia de la existencia o no de mala praxis en el acto médico (...), puesto que basta la existencia del daño derivado del mismo cuando falta el consentimiento informado” (Sentencia de 14 de diciembre de 2005 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª-, con cita de las Sentencias de la misma Sala y Sección de 26 de marzo de 2002 y de 9 de marzo de 2005).

En el supuesto planteado se admite pacíficamente que la naturaleza de la intervención realizada a la interesada requería, de conformidad con la citada Ley 41/2002, la constatación escrita de su consentimiento.

En el expediente figura un documento rubricado por la paciente, pero, tal como reconoce el propio Servicio que la interviene, en esa hoja de consentimiento informado no aparece el riesgo de “error del nivel intervenido”, que sí se contempla “en la mayoría de consentimientos de otros hospitales”. En tales condiciones habría que atender a la concreta información suministrada a la paciente, ya fuera escrita o verbal, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo, la ausencia del soporte documental del riesgo no conduce automáticamente a la negación del consentimiento, cuya realidad puede acreditarse por distintos medios; sin embargo, ello supone invertir la carga de la prueba de que efectivamente se proporcionó la información pertinente y se prestó el consentimiento, prueba de un hecho positivo que ha de aportar la

Administración (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de junio de 1999, 4 de abril de 2000 y, más recientemente, 25 de abril de 2005 -todas ellas de la Sección 6.ª-, así como las de 25 de mayo y 27 de diciembre de 2011 -ambas de la Sección 4.ª-). También hemos señalado en ocasiones precedentes (entre otras, en el Dictamen Núm. 361/2011) que no cabe excluir *a priori* la eficacia del consentimiento verbal; ahora bien la Administración ha de probar que se proporcionó la información adecuada al paciente, no resultando suficiente a tales efectos “la mera aceptación de la intervención -presumible por su carácter programado, pero carente de sentido informativo-”.

En el expediente analizado, la Administración sanitaria aduce que el riesgo de error en el nivel vertebral a intervenir es inherente a la cirugía practicada y por ello se recoge habitualmente en los consentimientos informados, con lo que pretende sugerir que no concurre en el presente caso la antijuridicidad del daño. Sin embargo, ella misma reconoce que el riesgo concretado no se recoge en el consentimiento firmado, y no aporta, para que el argumento resultara coherente, ningún vestigio de la prueba de la información suministrada, prueba que en todo caso pesaría sobre ella. Al contrario, los facultativos informantes guardan un expresivo silencio al respecto, sin que a lo largo del expediente se aluda siquiera a una comunicación verbal con la paciente. No existe, pues, constancia, ni mención por parte de ninguno de los responsables médicos, de que entre las potenciales complicaciones se le hubiera informado de la posibilidad de que se materializara ese riesgo, ni de las posibles alternativas al tratamiento, por lo que carece de sustento este último recurso con el que se pretende justificar el daño causado durante la práctica médica.

En suma, siendo dudoso que el error de nivel en la cirugía de una hernia “muy voluminosa” encierre *per se* una mala praxis médica, se observa que el indicado vicio bien pudo ser anterior o extraño al abordaje quirúrgico, en cuyo caso no puede ampararse en los riesgos descritos en la literatura médica, debiendo indemnizarse sus consecuencias, o bien habría de residenciarse en el

acto quirúrgico mismo, en cuyo supuesto el daño causado también ha de reputarse antijurídico por no habersele proporcionado a la enferma la información pertinente.

SÉPTIMA.- Fijados los hechos y establecida la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, así como el carácter antijurídico de este, procede valorar la cuantía de la indemnización solicitada sobre la base de los daños y perjuicios efectivamente acreditados.

Al respecto, hemos de advertir que la Administración, dado el carácter desestimatorio de la propuesta de resolución que formula, no ha analizado la valoración efectuada por la interesada; ausencia que es predicable de todos los elementos indemnizatorios, pero particularmente significativa en lo que se refiere a las secuelas que sufre, toda vez que, si bien los días hospitalarios e impositivos pueden deducirse de lo actuado, no ocurre lo mismo con la incidencia de la lesión quirúrgica en su salud. No puede obviarse la patología preexistente de la perjudicada, pues ya el informe del Servicio de Radiodiagnóstico de 20 de febrero de 2008 describe como patológicos los tres últimos discos lumbares, observándose “abombamientos de los discos L3-L4 y L4-L5”, por lo que no cabe anudar todos sus padecimientos actuales a la fallida intervención -tal como propone la pericial por ella aportada-, y tampoco aparece adecuadamente justificado el alcance de las lesiones que afirma sufrir.

Como hemos puesto de manifiesto en dictámenes anteriores, para el cálculo de la indemnización correspondiente a los conceptos resarcibles parece apropiado valerse del baremo establecido al efecto en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), en sus cuantías actualizadas para el año 2013, que, si bien no es de aplicación obligatoria, viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario, a falta de otros criterios objetivos.

Por tanto, careciendo este Consejo de elementos de juicio para precisar la valoración de los días -impeditivos y no impeditivos- y de las secuelas -teniendo en cuenta que en ambos conceptos convergen la patología de base y el error médico que se resarce-, así como el propio alcance de la secuela que la interesada extiende a una invalidez permanente parcial, consideramos que ha de ser la Administración quien, realizando los actos de instrucción necesarios para la comprobación de todos estos extremos, puede y debe fijar la cuantía de la indemnización total que ha de abonar a la perjudicada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos anteriormente señalados.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.